ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
PAOLO MENGOZZI
της 17ης Νοεμβρίου 2009[1]

1. Η κρινόμενη υπόθεση, η οποία αφορά σειρά προδικαστικών ερωτημάτων που υπέβαλε το Oberlandesgericht Düsseldorf, παρέχει στο Δικαστήριο την ευκαιρία να εξετάσει και πάλι το ζήτημα της διακρίσεως μεταξύ των δημοσίων συμβάσεων έργων και των πολεοδομικών δραστηριοτήτων τις οποίες αναλαμβάνουν οι δημόσιες αρχές.

2. Ειδικότερα, στο επίκεντρο της υποθέσεως επί της οποίας καλείται να αποφανθεί το αιτούν δικαστήριο βρίσκεται η πώληση ακινήτου από τη διοίκηση σε ιδιώτη. Τυπικά, η πώληση αυτή μπορεί να προκαλέσει σκέψεις σχετικά με την πιθανότητα υπάρξεως κρατικής ενισχύσεως[2]. Εν προκειμένω, εντούτοις, δεν φαίνεται να υπάρχει τέτοιο ενδεχόμενο. Η ιδιομορφία της υποθέσεως, αντιθέτως, έγκειται στο ότι η διοίκηση αποφάσισε να μεταβιβάσει το ακίνητο στον προσφέροντα που απέδειξε ότι διαθέτει σχέδια χρησιμοποιήσεως και οικοδομήσεως του ακινήτου τα οποία κρίθηκαν περισσότερο ενδιαφέροντα και άξια προσοχής από τις δημοτικές αρχές, οι οποίες ήταν αρμόδιες για την πολεοδομική διαμόρφωση της περιοχής. Το αιτούν δικαστήριο ερωτά αν, υπ' αυτές τις συνθήκες, είναι εφαρμοστέοι οι κανόνες που διέπουν τις δημόσιες συμβάσεις, και ειδικότερα οι κανόνες περί των συμβάσεων παραχωρήσεως δημοσίων έργων.

I — Νομοθετικό πλαίσιο

3. Οι διατάξεις επί των οποίων καλείται να αποφανθεί το Δικαστήριο περιέχονται στην οδηγία 2004/18/ΕΚ[3] (στο εξής και: οδηγία).

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ιταλική.

2 — Όπως είναι προφανές, υπάρχει πιθανότητα κρατικής ενισχύσεως αν η εκχώρηση του δημόσιου πράγματος λαμβάνει χώρα σε τιμή χαμηλότερη από την τιμή της αγοράς. Βλ. συναφώς, ιδίως, ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με στοιχεία κρατικής ενίσχυσης στις πωλήσεις γηπέδων-οικοπέδων και κτιρίων από τις δημόσιες αρχές (ΕΕ 1997, C 209, σ. 3).

3 — Οδηγία του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114).

4. Το άρθρο 1 της οδηγίας ορίζει:

«1. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, εφαρμόζονται οι ορισμοί που παρατίθενται στις παραγράφους 2 έως 15.

2. α) Οι “δημόσιες συμβάσεις” είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσοτέρων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσοτέρων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας.

β) Οι “δημόσιες συμβάσεις έργων” είναι δημόσιες συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο είτε την εκτέλεση, είτε συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση, εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα I ή ενός έργου, είτε ακόμη την πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός έργου το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες. Ως “έργο”, νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών πολιτικού μηχανικού που προορίζεται να πληροί αυτό καθαυτό μια οικονομική ή τεχνική λειτουργία.

[…]

3. Η “σύμβαση παραχώρησης δημοσίων έργων” είναι μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια δημόσια σύμβαση έργων, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.

[…]»

II — Πραγματικά περιστατικά, κύρια δίκη και προδικαστικά ερωτήματα

5. Ο Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (ομοσπονδιακός οργανισμός που διαχειρίζεται τη δημόσια ακίνητη περιουσία, στο εξής: Bundesanstalt) γνωστοποίησε τον Οκτώβριο του 2006, με δημοσιεύσεις στον Τύπο και στο διαδίκτυο, ότι προτίθεται να πωλήσει ακίνητο εκτάσεως 24 περίπου εκταρίων στον Δήμο Wildeshausen. Το ακίνητο είχε χρησιμοποιηθεί, μεταξύ άλλων, ως στρατώνας που έπαυσε να λειτουργεί στις αρχές του 2007.

6. Η αναγγελία που δημοσίευσε ο Bundesanstalt διευκρίνιζε ότι οι επιτρεπόμενες χρήσεις του ακινήτου έπρεπε να συμφωνηθούν με τον Δήμο Wildeshausen.

7. Τον Μάιο του 2007, κατόπιν πραγματογνωμοσύνης την οποία ζήτησε ο Bundesanstalt, η αξία του ακινήτου εκτιμήθηκε σε 2,33 εκατομμύρια ευρώ.

8. Η εταιρία Helmut Müller GmbH (στο εξής: Helmut Müller) είχε υποβάλει από τον Νοέμβριο του 2006 προσφορά για την αγορά του ακινήτου στην τιμή των 4 εκατομμυρίων ευρώ, υπό τον όρον όμως της πραγματοποιήσεως οικιστικού σχεδιασμού βάσει του δικού της σχεδίου. Στην πρόταση αυτή δεν δόθηκε συνέχεια.

9. Τον Ιανουάριο του 2007, ο Bundesanstalt ζήτησε από τους δυνητικούς ενδιαφερόμενους να υποβάλουν προσφορά για το ακίνητο χωρίς συγκεκριμένο οικιστικό σχεδιασμό. Στο πλαίσιο αυτό, η Helmut Müller υπέβαλε προσφορά αγοράς για ποσό ενός εκατομμυρίου ευρώ, ενώ μια άλλη εταιρία, η Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (στο εξής: GSSI), υπέβαλε προσφορά για ποσό 2,5 εκατομμυρίων ευρώ.

10. Στη συνέχεια, ο Δήμος Wildeshausen ζήτησε από τους προσφέροντες να παρουσιάσουν τα σχέδιά τους για τη χρήση της περιοχής. Τα σχέδια αυτά συζητήθηκαν με τον δήμο, παρουσία και του Bundesanstalt. Στις 24 Μαΐου 2007, το δημοτικό συμβούλιο του Wildeshausen εξέφρασε την προτίμησή του για το σχέδιο της GSSI, δηλώνοντας ότι είναι έτοιμο να κινήσει διαδικασία για την κατάρτιση του οικιστικού σχεδίου της περιοχής βάσει του εν λόγω σχεδίου. Στην απόφαση του δημοτικού συμβουλίου αναφερόταν ρητώς ότι η προτίμηση αυτή δεν θα έπρεπε να θεωρηθεί δεσμευτική όσον αφορά τις πολεοδομικές αρμοδιότητες του δήμου, τις οποίες το δημοτικό συμβούλιο επιφυλασσόταν να ασκήσει ελεύθερα.

11. Στις 6 Ιουνίου 2007, ο Bundesanstalt πώλησε το ακίνητο στην GSSI. Στο πωλητήριο συμβόλαιο δεν υπάρχει καμία αναφορά στη μελλοντική χρήση του εκχωρηθέντος ακινήτου.

12. Η Helmut Müller άσκησε προσφυγή κατά της πωλήσεως του ακινήτου ενώπιον των εθνικών δικαστηρίων υποστηρίζοντας, ιδίως, ότι το ακίνητο θα έπρεπε να πωληθεί σύμφωνα με τους κανόνες περί δημοσίων συμβάσεων.

13. Το αιτούν δικαστήριο, το οποίο κλήθηκε να κρίνει τη διαφορά, υπέβαλε τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Αποτελεί προϋπόθεση για την ύπαρξη δημόσιας συμβάσεως έργου κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της [οδηγίας 2004/18/ΕΚ], το ότι το έργο πραγματοποιείται από υλικής απόψεως

για την αναθέτουσα αρχή και της παρέχει άμεσο οικονομικό όφελος;

2) Στο μέτρο που, σύμφωνα με τον ορισμό της δημόσιας συμβάσεως έργου στο άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας, δεν μπορεί να μη ληφθεί υπόψη το στοιχείο της παροχής: πρέπει να θεωρηθεί, κατά τη δεύτερη εκδοχή της διατάξεως, ότι υφίσταται παροχή, εάν οι εργασίες εξυπηρετούν, για την αναθέτουσα αρχή, ορισμένο δημόσιο σκοπό (για παράδειγμα την πολεοδομική ανάπτυξη τμήματος ενός δήμου) και η αναθέτουσα αρχή διαθέτει, δυνάμει της συμβάσεως, τη νομική εξουσία, να διασφαλίσει ότι εξυπηρετείται ο δημόσιος σκοπός και το αναγκαίο προς τούτο έργο θα είναι στο μέλλον διαθέσιμο;

3) Προϋποθέτει η έννοια της δημόσιας συμβάσεως έργου, κατά την πρώτη και τη δεύτερη εκδοχή του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας, ότι ο εργολήπτης είναι άμεσα ή έμμεσα υποχρεωμένος να πραγματοποιήσει το έργο; πρέπει, εν ανάγκη, η υποχρέωση αυτή να είναι δικαστικώς επιδιώξιμη;

4) Προϋποθέτει η έννοια της δημόσιας συμβάσεως έργου, κατά την τρίτη εκδοχή του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας, ότι ο εργολήπτης είναι υποχρεωμένος να πραγματοποιήσει το έργο ή ότι η πραγματοποίηση του έργου συνιστά το αντικείμενο της συμβάσεως;

5) Εμπίπτουν συμβάσεις με τις οποίες, μέσω των αναγκών που ορίζει επακριβώς η αναθέτουσα αρχή, πρέπει να διασφαλιστεί ότι το έργο που πρόκειται να πραγματοποιηθεί είναι διαθέσιμο για συγκεκριμένο δημόσιο σκοπό, και με τις οποίες παρέχεται ταυτοχρόνως στην αναθέτουσα αρχή (δυνάμει συμβατικού όρου) η νομική εξουσία, (προς το δικό της έμμεσο συμφέρον) να εξασφαλίσει τη διαθεσιμότητα του έργου για τον δημόσιο σκοπό, στην έννοια της δημοσίας συμβάσεως έργου κατά την τρίτη εκδοχή του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας;

6) Συντρέχουν τα στοιχεία της έννοιας των "επακριβώς οριζόμενων από την αναθέτουσα αρχή αναγκών" κατά το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο β΄, της οδηγίας, όταν τα έργα πρέπει να πραγματοποιηθούν βάσει σχεδίων που εξέτασε και ενέκρινε η αναθέτουσα αρχή;

7) Πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν υφίσταται σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά το άρθρο 1, παράγραφος 3,

της οδηγίας, εάν ο παραχωρησιούχος είναι ή πρόκειται να καταστεί κύριος του ακινήτου στο οποίο πρέπει να πραγματοποιηθεί το έργο ή η σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων συνάπτεται χωρίς χρονικό περιορισμό;

8) Πρέπει η οδηγία να εφαρμοστεί –με την έννομη συνέπεια ότι η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να προβεί σε δημόσια πρόσκληση προς υποβολή προσφορών– και στην περίπτωση κατά την οποία η πώληση ακινήτου από τρίτον και η σύναψη δημόσιας συμβάσεως έργου πραγματοποιούνται σε διαφορετικούς χρόνους και κατά τη σύναψη της συμβάσεως που αφορά το ακίνητο η δημόσια σύμβαση έργου δεν έχει ακόμη συναφθεί, αλλά κατά τον χρόνο συνάψεως της συμβάσεως που αφορά το ακίνητο υπήρχε πρόθεση της αναθέτουσας αρχής να προβεί στη σύναψη της δημόσιας συμβάσεως έργου;

9) Πρέπει οι χωριστές, πλην όμως συνδεόμενες μεταξύ τους συναλλαγές, που αφορούν πώληση ακινήτου και δημόσια σύμβαση έργου να θεωρούνται υπό το πρίσμα του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων ως ενότητα, εφόσον κατά τον χρόνο της συνάψεως της συμβάσεως πωλήσεως του ακινήτου υπήρχε η πρόθεση συνάψεως της δημόσιας συμβάσεως έργου και οι μετέχοντες συνειδητά δημιούργησαν στενό σύνδεσμο από αντικειμενικής –και ενδεχομένως και από χρονικής– απόψεως μεταξύ των συμβάσεων (βλ. απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04, Επιτροπή κατά Αυστρίας, Συλλογή 2005, σ. I-9705, αποκαλούμενη απόφαση Stadt Mödling);»

III — Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

Α — *Η νομολογία του αιτούντος δικαστηρίου*

14. Για να γίνουν καλύτερα κατανοητά τα προδικαστικά ερωτήματα που υποβάλλει το αιτούν δικαστήριο θα πρέπει να παρατηρηθεί, ιδίως, όπως υπογραμμίζει και το ίδιο το Oberlandesgericht Düsseldorf με τη διάταξή του, ότι η νομολογία του παρουσιάζει ορισμένες ιδιομορφίες που την αντιδιαστέλλουν προς το μεγαλύτερο μέρος της νομολογίας και της θεωρίας περί δικαίου των δημοσίων συμβάσεων.

15. Ειδικότερα, η θέση του αιτούντος δικαστηρίου θεμελιώνεται στην παραδοχή ότι ο ουσιαστικά πολεοδομικός χαρακτήρας μιας διαδικασίας δεν αποκλείει κατ' αρχήν τη δυνατότητα εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων. Συναφώς, το εθνικό δικαστήριο παραπέμπει στις αποφάσεις του Δικαστηρίου Ordine degli Architetti κ.λπ.[4] και Επιτροπή κατά Γαλλίας[5].

16. Δεύτερον, το αιτούν δικαστήριο συνάγει από την απορρέουσα από την απόφαση Auroux κ.λπ.[6] νομολογία την αρχή ότι η

4 — Απόφαση της 12ης Ιουλίου 2001, C-399/98 (Συλλογή 2001, σ. I-5409).

5 — Απόφαση της 20ής Οκτωβρίου 2005, C-264/03 (Συλλογή 2005, σ. I-8831).

6 — Απόφαση της 18ης Ιανουαρίου 2007, C-220/05 (Συλλογή 2007, σ. I-385).

δυνατότητα εφαρμογής των κοινοτικών κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων είναι εντελώς ανεξάρτητη από το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή προτίθεται να αποκτήσει την κυριότητα, ή ακόμα και απλώς την κατοχή και τη χρήση, των έργων που πρόκειται να κατασκευαστούν. Δηλαδή, η κοινοτική ρύθμιση περί δημοσίων συμβάσεων είναι εφαρμοστέα ανεξάρτητα από την ύπαρξη του στοιχείου της φυσικής αποκτήσεως πράγματος από την αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, ο σκοπός τον οποίο επιδιώκει η αναθέτουσα αρχή μπορεί να είναι άυλος, να συνίσταται για παράδειγμα, όπως εν προκειμένω, στην επίτευξη συγκεκριμένων στόχων πολεοδομικής αναπτύξεως της περιφέρειας του δήμου[7].

17. Βάσει της προαναφερθείσας νομολογίας, το αιτούν δικαστήριο αναλύει την κατάσταση της υποθέσεως της κύριας δίκης ως εξής: στην εταιρία GSSI ανατέθηκε σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων[8], στην οποία πρέπει να εφαρμοστούν οι σχετικές διατάξεις του κοινοτικού δικαίου[9]. Το γεγονός ότι η εταιρία GSSI αποκτά δικαίωμα κυριότητας του ακινήτου δεν αντιστρατεύεται την ερμηνεία αυτή, αφής στιγμής η έννοια της «συμβάσεως παραχωρήσεως», όπως ορίζεται με την οδηγία, δεν αποκλείει την αόριστη διάρκειά της ούτε την αναγνώριση στον παραχωρησιούχο δικαιώματος κυριότητας των πραγμάτων τα οποία αφορά η παραχώρηση.

18. Το γεγονός ότι ο Δήμος Wildeshausen, μολονότι είχε εκφράσει προτίμηση για την πολεοδομική διευθέτηση την οποία σχεδίαζε η εταιρία GSSI, δεν δεσμεύτηκε τυπικά να εγκρίνει τη διευθέτηση αυτή δεν αποτελεί, σύμφωνα με το αιτούν δικαστήριο, στοιχείο το οποίο καθιστά εσφαλμένο τον τρόπο με τον οποίο ερμηνεύει τα πραγματικά περιστατικά. Ειδικότερα, το εθνικό δικαστήριο παραπέμπει στην απόφαση του Δικαστηρίου Επιτροπή κατά Αυστρίας (τη λεγόμενη απόφαση «Mödling»)[10] για να υποστηρίξει ότι, για τη νομική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, πρέπει να ληφθούν υπόψη και γεγονότα μεταγενέστερα της αναθέσεως, εφόσον συνδέονται λειτουργικά με αυτήν. Το αντίθετο θα έθετε σε προφανή κίνδυνο την πρακτική

7 — Μετά την έκδοση της διατάξεως περί παραπομπής, η γερμανική νομοθεσία τροποποιήθηκε, με τον νόμο της 20ής Απριλίου 2009 περί εκσυγχρονισμού του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, *BGBl.* I, σ. 790), με τον οποίο τροποποιήθηκε το άρθρο 99 του GWB (νόμου περί προστασίας του ανταγωνισμού) και διευκρινίστηκε, μεταξύ άλλων, ότι, όταν πρόκειται για την τρίτη εκδοχή του ορισμού της δημόσιας συμβάσεως έργων, είναι απαραίτητο η αναθέτουσα αρχή να αποκτά άμεσο οικονομικό όφελος. Βλ. και υποσημείωση 35 των παρουσών προτάσεων.

8 — Δεν είναι απολύτως σαφές, εντούτοις, ποιος ανέθεσε αυτή τη σύμβαση. Η Επιτροπή, η οποία εμφανίστηκε μάλλον ανοικτή στη θέση του αιτούντος δικαστηρίου όσον αφορά το σημείο αυτό, αναγκάστηκε να αναγνωρίσει κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση ότι τόσο ο Bundesanstalt όσο και ο Δήμος Wildeshausen εμφάνιζαν εν προκειμένω ορισμένα τυπικά χαρακτηριστικά αυτού του ρόλου, χωρίς να μπορεί να προσδιοριστεί ποιος από τους δύο είναι πιθανότερο να ανέθεσε τη σύμβαση.

9 — Σύμφωνα με τη διάταξη περί παραπομπής, δεν υπάρχουν αμφιβολίες για το ότι καλύπτονται πλήρως εν προκειμένω τα προβλεπόμενα κατώτατα όρια για την εφαρμογή της οδηγίας. Στην πραγματικότητα, αφής στιγμής η αξία του ακινήτου δεν υπερβαίνει αφεαυτής τα κατώτατα όρια, η συλλογιστική του εθνικού δικαστηρίου ασφαλώς εμπεριέχει υποθετικά στοιχεία. Από την άλλη πλευρά, ενόψει της πάγιας νομολογίας κατά την οποία εναπόκειται κατ' αρχήν στο εθνικό δικαστήριο να εκτιμήσει τη λυσιτέλεια των ερωτημάτων για την έκδοση αποφάσεως επί της διαφοράς, φρονώ ότι το Δικαστήριο υποχρεούται εν προκειμένω να δώσει απάντηση στα ερωτήματα του Oberlandesgericht Düsseldorf. Βλ. συναφώς, για παράδειγμα, αποφάσεις της 15ης Δεκεμβρίου 1995, C-415/93, Bosman (Συλλογή 1995, σ. I-4921, σκέψη 61), της 7ης Σεπτεμβρίου 1999, C-355/97, Beck και Bergdorf (Συλλογή 1999, σ. I-4977, σκέψη 22), της 7ης Ιουνίου 2007, C-222/05 έως C-225/05, van der Weerd κ.λπ. (Συλλογή 2007, σ. I-4233, σκέψη 22), και της 17ης Ιουλίου 2008, C-500/06, Corporación Dermoestética (Συλλογή 2008, σ. I-5785, σκέψη 23).

10 — Απόφαση της 10ης Νοεμβρίου 2005, C-29/04 (Συλλογή 2005, σ. I-9705).

αποτελεσματικότητα των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου.

19. Όπως προανέφερα, εντούτοις, το αιτούν δικαστήριο αναγνωρίζει ότι ο τρόπος με τον οποίον ερμηνεύει τις διατάξεις εκείνες του κοινοτικού δικαίου που είναι εφαρμοστέες στην παρούσα υπόθεση σε καμία περίπτωση δεν συγκεντρώνει ομοφωνία. Με τα προδικαστικά ερωτήματα, το Oberlandesgericht Düsseldorf ερωτά κατ' ουσία το Δικαστήριο αν η ερμηνεία αυτή είναι ορθή ή όχι.

Β — *Οι διαφορές μεταξύ των αποδόσεων του άρθρου 1 της οδηγίας στις διάφορες γλώσσες*

20. Το άρθρο 1 της οδηγίας προβλέπει, στις περισσότερες γλώσσες[11], τρεις διαφορετικούς τύπους «δημόσιας συμβάσεως έργων», και συγκεκριμένα:

— εκτέλεση, συνοδευόμενη ενδεχομένως από μελέτη, *εργασιών*[12] που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο παράρτημα Ι της οδηγίας (πρώτη εκδοχή)·

— εκτέλεση, συνοδευόμενη ενδεχομένως από μελέτη, *έργου*[13] (δεύτερη εκδοχή)·

— πραγματοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, ενός *έργου*[14] το οποίο ανταποκρίνεται στις επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες (τρίτη εκδοχή).

21. Στη συνέχεια, η οδηγία διευκρινίζει ότι ως «έργο»[15] νοείται «το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών πολιτικού μηχανικού που προορίζεται να πληροί αυτό καθαυτό μια οικονομική ή τεχνική λειτουργία».

22. Επισημαίνεται, κατ' αρχάς, ότι η απόδοση της οδηγίας στις διάφορες γλώσσες παρουσιάζει ορισμένες αρκετά σημαντικές διαφορές.

23. Οι διαφορές αυτές οφείλονται, κυρίως, σε ανακολουθίες όσον αφορά τη χρησιμοποίηση της ορολογίας στις τρεις προαναφερθείσες

11 — Αν και όχι σε όλες· για παράδειγμα, η δεύτερη εκδοχή που αναφέρεται εδώ δεν ανευρίσκεται στο πορτογαλικό κείμενο.

12 — Γερμανικά: «von Bauvorhaben»· αγγλικά: «of works»· γαλλικά: «de travaux»· ισπανικά: «de obras»· ολλανδικά: «van werken»· πορτογαλικά: «de trabalhos»· ελληνικά: «εργασιών».

13 — Γερμανικά: «eines Bauwerks»· αγγλικά: «a work»· γαλλικά: «d'un ouvrage»· ισπανικά: «de una obra»· ολλανδικά «van een werk»· ελληνικά: «ενός έργου».

14 — Γερμανικά: «einer Bauleistung»· αγγλικά: «of a work»· γαλλικά: «d'un ouvrage»· ισπανικά: «de una obra»· ολλανδικά «van een werk»· πορτογαλικά: «de uma obra»· ελληνικά: «ενός έργου».

15 — Γερμανικά: «Bauwerk»· αγγλικά: «work»· γαλλικά: «ouvrage»· ισπανικά: «obra»· ολλανδικά «werk»· πορτογαλικά: «obra»· ελληνικά: «έργο».

εκδοχές: αυτό προκύπτει, ιδίως, από τους όρους οι οποίοι χρησιμοποιούνται σε ορισμένες γλώσσες, όπως αναφέρονται στις υποσημειώσεις των παρουσών.

24. Επιπλέον, η απόδοση στη γερμανική γλώσσα παρουσιάζει άλλες δύο σημαντικές διαφορές. Ειδικότερα, στην τρίτη εκδοχή διευκρινίζεται ότι οι προβλεπόμενες από την εκδοχή αυτή δραστηριότητες πρέπει να εκτελούνται «μέσω τρίτων» (durch Dritte): η διευκρίνιση αυτή απουσιάζει από την απόδοση της οδηγίας στις άλλες γλώσσες[16]. Δεύτερον, η δραστηριότητα την οποία προβλέπει η τρίτη εκδοχή δεν χαρακτηρίζεται «έργο» (Bauwerk), αλλά «οικοδομική δραστηριότητα» (Bauleistung). Κατά συνέπεια, ο επακόλουθος ορισμός του «έργου» φαίνεται να είναι εφαρμοστέος, σύμφωνα με τη γερμανική απόδοση, μόνο στη δεύτερη εκδοχή και όχι στην τρίτη[17].

25. Λόγω της υπάρξεως αυτών των προβλημάτων στη γραμματική διατύπωση, κρίνεται σκόπιμο η «ορθή» ερμηνεία των διατάξεων να μην αναζητηθεί μέσω της αυστηρά γραμματικής αναλύσεώς τους, ακόμα και αν αυτή περιοριστεί στην απόδοση σε μία μόνο γλώσσα. Στην πραγματικότητα, η έννοια που πρέπει να δοθεί στις διατάξεις θα πρέπει να αναζητηθεί μέσω συστηματικής και τελεολογικής ερμηνείας, συνοδευόμενης από μια δόση ερμηνευτικής κοινής λογικής.

IV — Νομική ανάλυση

Α — *Εισαγωγή: η έννοια της δημόσιας συμβάσεως έργων*

26. Για να δοθεί μια όσο το δυνατόν πληρέστερη απάντηση στα ερωτήματα που θέτει το αιτούν δικαστήριο είναι απαραίτητο, κατ' αρχάς, να επισημανθούν τα ουσιώδη χαρακτηριστικά της δημόσιας συμβάσεως έργων.

27. Θα πρέπει να επισημανθεί, πρώτον, ότι πρόκειται για έννοια που εμπίπτει αποκλειστικά στον τομέα του κοινοτικού δικαίου. Κατά συνέπεια, ο νομικός χαρακτηρισμός

16 — Επισημαίνω, εντούτοις, ότι, όπως παρατήρησε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ιδίως, η Αυστριακή Κυβέρνηση, in concreto, η διευκρίνιση που περιέχεται στο γερμανικό κείμενο δεν συνιστά απόκλιση, απλώς το «εξειδικεύει» σε σχέση με άλλες γλώσσες. Πράγματι, λαμβανομένης υπόψη της δομής της εν λόγω διατάξεως, φαίνεται δύσκολο, ακόμα και με αναφορά στις άλλες γλώσσες, να βρεθεί κάποια κατάσταση υπαγόμενη στην τρίτη εκδοχή, στην οποία το έργο να μην εκτελείται από «τρίτο». Εν πάση περιπτώσει, επισημαίνεται ότι, κατά πάγια νομολογία, η διατύπωση που χρησιμοποιείται σε μία από τις γλωσσικές αποδόσεις κοινοτικής διατάξεως δεν μπορεί να χρησιμεύσει ως μόνη βάση για την ερμηνεία της διατάξεως αυτής ούτε μπορεί να της αναγνωριστεί, προς τον σκοπό αυτόν, υπεροχή έναντι των άλλων γλωσσικών αποδόσεων. Βλ. συναφώς, για παράδειγμα, αποφάσεις της 27ης Μαρτίου 1990, C-372/88, Cricket St. Thomas (Συλλογή 1990, σ. I-1345, σκέψη 18), και της 19ης Απριλίου 2007, C-455/05, Velvet & Steel Immobilien (Συλλογή 2007, σ. I-3225, σκέψη 19).

17 — Οι ιδιομορφίες αυτές του γερμανικού κειμένου απορρέουν από την οδηγία 89/440/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουλίου 1989, για την τροποποίηση της οδηγίας 71/305/ΕΟΚ περί συντονισμού των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 210, σ. 1). Η οδηγία 89/440 εισήγαγε για πρώτη φορά στην κοινοτική έννομη τάξη τον ισχύοντα «τριμερή» ορισμό της δημόσιας συμβάσεως έργων.

της από το εθνικό δίκαιο κράτους μέλους δεν έχει καμία σημασία εν προκειμένω[18].

28. Όσον αφορά το αντικείμενο της δημόσιας συμβάσεως, η οδηγία 2004/18 προβλέπει, όπως προαναφέρθηκε, τρεις βασικές περιπτώσεις. Συνοπτικά, εντούτοις, μπορεί να λεχθεί ότι, σύμφωνα με το άρθρο 1 της οδηγίας, στην έννοια της δημόσιας συμβάσεως έργων εμπίπτει, αφενός, η εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών που μπορούν να υπαχθούν στις απαριθμούμενες στο παράρτημα Ι της οδηγίας δραστηριότητες και, αφετέρου, η εκτέλεση έργων. Με άλλα λόγια, η έννοια αυτή περιλαμβάνει είτε κατασκευαστικές δραστηριότητες, ανεξαρτήτως του αν το αποτέλεσμα των εργασιών είναι πράγμα με συγκεκριμένο ή/και ολοκληρωμένο χαρακτήρα, είτε δραστηριότητες υλοποιήσεως, ενδεχομένως και μέσω τρίτων, συγκεκριμένων «ολοκληρωμένων» πραγμάτων. Τα πράγματα αυτά, ο «ολοκληρωμένος» χαρακτήρας των οποίων επισημαίνεται με την οδηγία, η οποία ορίζει ότι πρέπει να πληρούν «μια οικονομική ή τεχνική λειτουργία», χαρακτηρίζονται συνήθως «έργα».

29. Σε σχέση με τις συγκεκριμένες καταστάσεις που πρέπει να εκτιμηθούν, πρέπει ασφαλώς να εξετάζεται σε περιπτωσιολογική βάση αν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/18. Φρονώ, εντούτοις, ότι, γενικά, μια ευέλικτη προσέγγιση που θεμελιώνεται μάλλον στη διμερή προσέγγιση εργασιών/έργων, όπως εκτέθηκε στο προηγούμενο σημείο, και όχι στην τριμερή προσέγγιση την οποία ακολουθεί το κείμενο του άρθρου 1 στις περισσότερες γλώσσες, επιτρέπει στις περισσότερες περιπτώσεις να επιλυθεί το πρόβλημα της υπάρξεως των αντικειμενικών προϋποθέσεων για την εφαρμογή της οδηγίας.

30. Ανεξαρτήτως της ακολουθούμενης προσεγγίσεως, εντούτοις, δεν πρέπει να λησμονείται ότι ένα στοιχείο που χαρακτηρίζει όλες τις δημόσιες συμβάσεις έργων είναι η παρουσία του κατασκευαστικού στοιχείου. Με άλλα λόγια, για να συνιστούν δημόσια έργα κατά την έννοια της οδηγίας, οι πραγματοποιούμενες δραστηριότητες πρέπει να εμπεριέχουν την υλοποίηση πραγμάτων. Η απλή αγοραπωλησία ήδη υφισταμένων πραγμάτων εξαιρείται ρητώς από το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας[19].

31. Το άρθρο 1 της οδηγίας επισημαίνει ρητώς άλλα ουσιώδη χαρακτηριστικά μιας δημόσιας συμβάσεως έργων. Πράγματι, προβλέπει ότι οι δημόσιες συμβάσεις είναι *συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς*. Η ύπαρξη επαχθούς αιτίας σημαίνει ότι στην παροχή του εργολήπτη αντιστοιχεί αντιπαροχή της διοικήσεως, η οποία δεν είναι απαραιτήτως χρηματική,

18 — Βλ. προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6 απόφαση Auroux κ.λπ. (σκέψη 40).

19 — Βλ. άρθρο 16 της οδηγίας.

αλλά ασφαλώς μπορεί να αποτιμηθεί με οικονομικούς όρους[20].

32. Η οδηγία προβλέπει, εντούτοις, ως γνωστόν, μια εναλλακτική περίπτωση σε σχέση με το «τυπικό» μοντέλο, στο πλαίσιο του οποίου η διοίκηση πληρώνει (με την ευρεία έννοια του όρου, όπως προαναφέρθηκε) τον κατασκευαστή έργου. Σύμφωνα με το εναλλακτικό αυτό μοντέλο, δηλαδή το μοντέλο της παραχωρήσεως δημοσίων έργων, «το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής». Κατά το αιτούν δικαστήριο, εν προκειμένω είναι εφαρμοστέες οι ρυθμίσεις περί παραχωρήσεως δημοσίων έργων, αφής στιγμής η διοίκηση απλώς επιτρέπει στο πρόσωπο που επιθυμεί να εκτελέσει ορισμένες οικοδομικές εργασίες να επωφεληθεί πλήρως, σύμφωνα με τους κανόνες περί κυριότητας, των αποτελεσμάτων της κατασκευαστικής του δραστηριότητας. Το πρόβλημα αυτό θα εξεταστεί λεπτομερώς στη συνέχεια, ιδίως στο πλαίσιο της αναλύσεως του έβδομου προδικαστικού ερωτήματος.

33. Πρέπει να γίνει μια ακόμα επισήμανση όσον αφορά τους σκοπούς που επιδιώκουν οι δημόσιες αρχές μέσω των έργων ή/και των εργασιών που προτίθενται να υλοποιήσουν. Όπως έχει διευκρινιστεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου, ο επιδιωκόμενος σκοπός δεν ασκεί επιρροή για την εφαρμογή των κανόνων της οδηγίας[21]. Αυτό που ασκεί επιρροή είναι αποκλειστικά και μόνο η ύπαρξη των αντικειμενικών προϋποθέσεων τις οποίες προβλέπει το νομοθετικό κείμενο.

34. Αυτή η μη λήψη υπόψη από τις κοινοτικές ρυθμίσεις των σκοπών που επιδιώκουν σε κάθε μεμονωμένη περίπτωση οι δημόσιες αρχές δικαιολογείται αν ληφθεί υπόψη ότι, όπως προκύπτει από τις αιτιολογικές σκέψεις της οδηγίας, κύριος σκοπός της κοινοτικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων είναι η κατάργηση των περιορισμών στις θεμελιώδεις ελευθερίες, προκειμένου να ευνοηθεί ο πραγματικός ανταγωνισμός[22]. Κατά συνέπεια, η οπτική της κοινοτικής ρυθμίσεως είναι η οπτική των προσώπων που ενδέχεται να ενδιαφέρονται να εκτελέσουν τις εργασίες και για τα οποία, όπως είναι σαφές, ο σκοπός τον οποίο επιδιώκει η διοίκηση δεν ασκεί καμία επιρροή.

35. Οι ευρείς και φιλόδοξοι στόχοι της οδηγίας, οι οποίοι πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά την ερμηνεία της, δεν πρέπει εντούτοις να οδηγήσουν στο συμπέρασμα ότι, λόγω του σκοπού της εν λόγω νομοθετικής πράξεως,

20 — Για παράδειγμα, αντί της καταβολής χρηματικού ποσού, η διοίκηση μπορεί να απαλλάξει το πρόσωπο από την καταβολή ορισμένων φόρων (βλ. προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4 απόφαση Ordine degli Architetti κ.λπ., σκέψεις 76 έως 86).

21 — Απόφαση της 15ης Ιανουαρίου 1998, C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria κ.λπ. (Συλλογή 1998, σ. I-73, σκέψη 32). Βλ. και αποφάσεις της 18ης Νοεμβρίου 2004, C-126/03, Επιτροπή κατά Γερμανίας (Συλλογή 2004, σ. I-11197, σκέψη 18), και της 11ης Ιανουαρίου 2005, C-26/03, Stadt Halle και RPL Lochau (Συλλογή 2005, σ. I-1, σκέψη 26).

22 — Βλ., ιδίως, δεύτερη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας 2004/18 και, προηγουμένως, δεύτερη και δέκατη αιτιολογική σκέψη της καταργηθείσας οδηγίας 93/37/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημοσίων έργων (ΕΕ L 199, σ. 54). Βλ. επίσης, συναφώς, αποφάσεις Ordine degli Architetti κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 4, σκέψη 52) και της 12ης Δεκεμβρίου 2002, C-470/99, Universale-Bau κ.λπ. (Συλλογή 2002, σ. I-11617, σκέψη 51 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

το πεδίο εφαρμογής της μπορεί να επεκταθεί απεριόριστα. Ειδικότερα, επισημαίνεται ότι το κείμενο της οδηγίας αναφέρει ορισμένους συγκεκριμένους τομείς στους οποίους δεν εφαρμόζεται: βλ., ιδίως, άρθρα 10 έως 16. Κατά συνέπεια, μια αποκλειστικά «λειτουργική» ερμηνεία της οδηγίας, στο πλαίσιο της οποίας λαμβάνονται υπόψη μόνον οι ουσιαστικοί στόχοι της, δεν μπορεί να γίνει δεκτή.

36. Πράγματι, αν ακολουθηθεί μια «λειτουργική» ερμηνευτική οπτική, όπως φαίνεται να είναι η οπτική την οποία προκρίνει ιδίως η Επιτροπή, τίθεται το σοβαρό πρόβλημα να επισημανθεί η παράμετρος σε συνάρτηση με την οποία θα πρέπει να εφαρμοστεί η οδηγία. Η Επιτροπή επισημαίνει ότι κύριο μέλημά της είναι να μην αποκτήσουν πλεονεκτική θέση ορισμένα πρόσωπα που δεν θα έχουν προηγουμένως ανταγωνιστεί ισότιμα με άλλα πρόσωπα που θα ενδιαφέρονταν ενδεχομένως να καταλάβουν τη θέση αυτή. Σε περιπτώσεις όπως η εξεταζόμενη, η πλεονεκτική θέση φαίνεται να συνίσταται στην αύξηση της αξίας ενός ακινήτου λόγω του ότι η διοίκηση επιτρέπει την οικοδόμησή του. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την ερμηνεία που προκρίνει η Επιτροπή, κάθε «αύξηση της αξίας» ακινήτου, η οποία ανάγεται σε δραστηριότητα των δημόσιων αρχών, πρέπει να υπόκειται στις διατάξεις της οδηγίας. Εντούτοις, είναι προφανές ότι, αν γίνει δεκτή η θέση αυτή, υπάρχει ο κίνδυνος να γίνει δεκτή η παράλογη θέση ότι στους κανόνες της οδηγίας υπόκειται *κάθε πολεοδομική δραστηριότητα:* πράγματι, εξ ορισμού, οι πράξεις που διέπουν τη δυνατότητα εκτελέσεως οικοδομικών εργασιών μεταβάλλουν, καμιά φορά ουσιαστικά, την αξία των ακινήτων τα οποία αφορούν.

37. Αυτή η ακραία θέση στην πραγματικότητα δεν υποστηρίζεται από κανένα. Πρέπει όμως να υπογραμμιστεί ότι αποτελεί τη λογική συνέπεια μιας αποκλειστικά λειτουργικής ερμηνείας της οδηγίας.

38. Είναι αλήθεια ότι, ως γνωστόν, η νομολογία του Δικαστηρίου έχει ακολουθήσει σε ορισμένους τομείς μια, θεωρητικώς, «λειτουργική» ερμηνεία των διατάξεων του κοινοτικού δικαίου. Ειδικότερα, στο πλαίσιο του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, αυτό ισχύει για τις έννοιες της «αναθέτουσας αρχής» και του «οργανισμού δημοσίου δικαίου»[23]. Εντούτοις, θα πρέπει να επισημανθεί σχετικά ότι στις περιπτώσεις αυτές η λειτουργική ερμηνεία χρησιμοποιήθηκε για να διευκρινιστεί το εύρος μιας συγκεκριμένης έννοιας και όχι για να προσδιοριστεί γενικά το πεδίο εφαρμογής ολόκληρου του νομοθετικού corpus περί δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου, στις εν λόγω περιπτώσεις, η προσφυγή στη λειτουργική ερμηνεία απέβλεπε κυρίως στην αποφυγή της δημιουργίας μακροσκοπικών κενών, τα οποία θα δημιουργούσαν ευρύ πεδίο καταχρήσεων: αναφέρομαι, για παράδειγμα στην περίπτωση κατά

23 — Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις Universale-Bau κ.λπ. (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 22, σκέψη 53), της 13ης Δεκεμβρίου 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk κ.λπ. (Συλλογή 2007, σ. I-11173, σκέψη 37), και της 10ης Απριλίου 2008, C-393/06, Ing. Aigner (Συλλογή 2008, σ. I-2339, σκέψη 37).

την οποία η τυπική λειτουργία οργανισμού δημοσίου δικαίου ασκείται σε μεταγενέστερο χρόνο από εταιρία, χωρίς προσαρμογή του καταστατικού της[24], ή στην περίπτωση κατά την οποία η δημόσια χρηματοδότηση (στη συγκεκριμένη περίπτωση ραδιοτηλεοπτικού οργανισμού) δεν επιτυγχάνεται μέσω της άμεσης καταβολής δημόσιων πόρων, αλλά με την επιβολή τέλους σε όλους τους κατόχους τηλεοπτικού δέκτη[25].

39. Κατά τη γνώμη μου, είναι σαφές ότι το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας πρέπει να προσδιοριστεί με αναφορά, πρώτον, στις αντικειμενικές προϋποθέσεις τις οποίες προβλέπει η ίδια η οδηγία. Αυτό δεν σημαίνει, ασφαλώς, ότι ο ερμηνευτής πρέπει να αποφύγει κάθε σκέψη «λειτουργικού» τύπου. Στην πραγματικότητα, οι σκοποί τους οποίους επιδιώκει η οδηγία είναι προφανώς ένα από τα κύρια σημεία αναφοράς για την ερμηνεία[26], δεν μπορούν όμως να υποκαταστήσουν τη μόνη παράμετρο αναφοράς και να καταστρατηγήσουν τη βούληση του νομοθέτη να προσδιορίσει το πεδίο εφαρμογής του κανόνα.

40. Στη συνέχεια, θα εξετάσω τα προδικαστικά ερωτήματα. Για λόγους λογικής συνοχής των ερωτημάτων, θα ασχοληθώ πρώτα με το πρώτο, το δεύτερο, το πέμπτο και το έκτο ερώτημα.

24 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 22 απόφαση Universale-Bau κ.λπ.

25 — Απόφαση Bayerischer Rundfunk κ.λπ., προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 23. Ανάλογη περίπτωση βλ. και στην απόφαση της 11ης Ιουνίου 2009, C-300/07, Hans & Christophorus Oymanns (Συλλογή 2009, σ. I-4479, σκέψη 57).

26 — Βλ., για παράδειγμα, αποφάσεις της 17ης Νοεμβρίου 1983, 292/82, Merck (Συλλογή 1983, σ. 3781, σκέψη 12), της 14ης Οκτωβρίου 1999, C-223/98, Adidas (Συλλογή 1999, σ. I-7081, σκέψη 23), και της 7ης Ιουνίου 2005, C-17/03, VEMW κ.λπ. (Συλλογή 2005, σ. I-4983, σκέψη 41).

Β — *Το πρώτο και το δεύτερο ερώτημα*

41. Με τα δύο πρώτα προδικαστικά ερωτήματα που μπορούν να εξεταστούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ζητεί από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν, γενικά, για να υπάρχει δημόσια σύμβαση έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18, είναι απαραίτητο το αντικείμενο της συμβάσεως να είναι πράγμα το οποίο αποκτά υλικά η διοίκηση και έχει για τη διοίκηση άμεση οικονομική χρησιμότητα. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, δηλαδή εφόσον, για να χρησιμοποιήσω την ορολογία του αιτούντος δικαστηρίου, δεν μπορεί «να μη ληφθεί υπόψη το στοιχείο της παροχής», ερωτάται αν μπορεί να θεωρηθεί ότι υφίσταται παροχή, εάν οι εργασίες απλώς εξυπηρετούν, γενικά, ορισμένο δημόσιο σκοπό, για παράδειγμα μια συγκεκριμένη πολεοδομική διευθέτηση στην περιφέρεια ενός Δήμου.

1. Οι θέσεις των διαδίκων

42. Οι θέσεις τις οποίες υποστηρίζουν οι διάδικοι που υπέβαλαν παρατηρήσεις στο πλαίσιο της παρούσας δίκης καλύπτουν αρκετά ευρύ φάσμα.

43. Αφενός, η Γερμανική Κυβέρνηση, με την οποία συμφωνεί ως προς το σημείο αυτό ο Bundesanstalt και, σε μεγάλο βαθμό, η

Αυστριακή Κυβέρνηση, υποστηρίζει σθεναρά ότι, για να μπορεί να γίνει λόγος για δημόσια σύμβαση έργων, είναι απαραίτητο να υφίσταται το στοιχείο της παροχής. Στην ουσία, η κυβέρνηση αυτή υποστηρίζει ότι δεν πρέπει αναγκαστικά να πρόκειται για παροχή οικονομικού τύπου και ότι μπορεί να αρκεί και απλό οικονομικό όφελος για τη διοίκηση. Εντούτοις, κατά την άποψή της, δεν αρκεί η απλή επιδίωξη, γενικά, δημόσιου σκοπού, όπως εν προκειμένω. Όσον αφορά την απόφαση του Δικαστηρίου Auroux κ.λπ., η οποία αποτελεί, όπως προεκτέθηκε, ένα από τα κομβικά σημεία της θέσεως που υποστηρίζει το εθνικό δικαστήριο, η Γερμανική Κυβέρνηση παρατηρεί ότι, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση εκείνη, η ύπαρξη άμεσης οικονομικής χρησιμότητας για τη διοίκηση είχε θεωρηθεί δεδομένη και συνεπώς το Δικαστήριο δεν έκρινε αναγκαίο να επικεντρώσει την προσοχή του στο σημείο αυτό. Εντούτοις, αυτό δεν πρέπει κατ' ουδένα τρόπο να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι η ύπαρξη οικονομικής χρησιμότητας δεν θεωρείται αναγκαία: η απαίτηση αυτή, μολονότι δεν αναφέρεται ρητώς στην οδηγία, απορρέει από τη γενική οικονομία της. Όσον αφορά τα επιχειρήματα που βασίζονται στην ανάγκη να εξασφαλιστεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας και να αποτραπεί ο κίνδυνος καταχρήσεων, η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι τα επιχειρήματα αυτά δεν μπορούν να δικαιολογήσουν την εσκεμμένη εφαρμογή της οδηγίας εκτός του φυσικού πεδίου εφαρμογής της. Τυχόν ανάγκη αποτροπής καταχρήσεων εκτός του τομέα των δημοσίων συμβάσεων θα πρέπει να αντιμετωπιστεί με τη χρησιμοποίηση άλλων νομοθετικών εργαλείων, και όχι της οδηγίας 2004/18.

44. Εκ διαμέτρου αντίθετη προς την άποψη της Γερμανικής Κυβερνήσεως είναι η άποψη που υποστηρίζει η Επιτροπή. Ειδικότερα, σύμφωνα με την Επιτροπή, το μόνο στοιχείο καθοριστικής σημασίας για να δοθεί απάντηση στο αιτούν δικαστήριο είναι το γεγονός ότι το κείμενο της οδηγίας δεν απαιτεί, για να υπάρχει δημόσια σύμβαση έργων, να αποκτά η διοίκηση κάτι από πρόσωπο ξένο προς αυτή. Το να απαιτηθεί η ύπαρξη του στοιχείου της παροχής θα σήμαινε συνεπώς ότι εισάγεται μια προϋπόθεση την οποία δεν προβλέπει το νομοθετικό κείμενο.

45. Ενδιάμεση θέση ακολουθεί, τέλος, η Ολλανδική Κυβέρνηση, σύμφωνα με την οποία, ιδίως, μολονότι η απόκτηση του έργου από τη διοίκηση δεν είναι απαραίτητη, ακόμα και υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου, εντούτοις είναι απαραίτητο, προκειμένου να υπάρχει δημόσια σύμβαση έργων, να υφίσταται άμεσο οικονομικό συμφέρον της διοικήσεως. Ειδικότερα, αυτό το άμεσο οικονομικό συμφέρον μπορεί να έγκειται, ανάλογα με την περίπτωση, είτε σε οικονομικό πλεονέκτημα για τη διοίκηση είτε σε αυτό που η Ολλανδική Κυβέρνηση ορίζει ως «κίνδυνο ζημίας» που φέρει η διοίκηση. Στην υπόθεση που καλείται να κρίνει το αιτούν δικαστήριο, κατά την άποψη της Ολλανδικής Κυβερνήσεως ανάλογο οικονομικό συμφέρον δεν υφίσταται, ή τουλάχιστον δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι υφίσταται βάσει των στοιχείων που παρέχει το εθνικό δικαστήριο.

2. Αξιολόγηση

46. Κατά την άποψή μου, η ορθή ερμηνεία της οδηγίας 2004/18 τοποθετείται στο ενδιάμεσο μεταξύ των δύο «ακραίων» θέσεων της Γερμανικής Κυβερνήσεως και της Επιτροπής. Από την άλλη πλευρά, δεν συμφωνώ απολύτως ούτε με τη θέση της Ολλανδικής Κυβερνήσεως, η οποία θεωρώ ότι βασίζεται υπερβολικά, προκειμένου να δώσει τον ορισμό της έννοιας της δημόσιας συμβάσεως έργων, σε ένα στοιχείο οικονομικού τύπου.

47. Προκειμένου να δοθεί απάντηση στο ερώτημα που έχει υποβληθεί στο Δικαστήριο, θεωρώ σημαντικό να ληφθεί ως σημείο εκκινήσεως η ερμηνεία που πρέπει να δοθεί στην προπαρατεθείσα απόφαση Auroux κ.λπ.[27]. Στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η εν λόγω απόφαση, ως γνωστόν, μια δημοτική αρχή είχε αναθέσει χωρίς διαγωνισμό σε δεύτερη αναθέτουσα αρχή την υλοποίηση έργου πολεοδομικής διευθετήσεως. Στο πλαίσιο αυτό, η δεύτερη αναθέτουσα αρχή είχε χρειαστεί να εκτελέσει, χρησιμοποιώντας εν μέρει πόρους που είχε χορηγήσει ο δήμος, διάφορα οικοδομικά έργα προοριζόμενα άλλα μεν να πωληθούν σε τρίτους, άλλα δε να παραδοθούν στη δημοτική αρχή. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η κατάσταση αυτή συνιστά δημόσια σύμβαση έργων, ανεξαρτήτως του αν προβλέπεται ή όχι ότι η πρώτη αναθέτουσα αρχή, δηλαδή ο δήμος, είναι ή θα καταστεί κύριος του συνόλου ή μέρους του έργου που πρόκειται να κατασκευαστεί[28].

48. Είναι αλήθεια ότι, όπως επισημαίνει η Γερμανική Κυβέρνηση, στην υπόθεση εκείνη δεν υπήρχαν αμφιβολίες ότι, τουλάχιστον εν μέρει, ορισμένα από τα έργα που επρόκειτο να εκτελεστούν θα χρησιμοποιούνταν απευθείας προς όφελος της δημοτικής αρχής. Εξίσου αληθές είναι επίσης ότι η μάλλον ευρεία διατύπωση την οποία επέλεξε το Δικαστήριο δεν καθιστά, κατά τη γνώμη μου, απαραίτητο να θεωρηθεί η απευθείας απόκτηση από τη διοίκηση προϋπόθεση για την ύπαρξη δημόσιας συμβάσεως έργων.

49. Από την άλλη πλευρά, εντούτοις, πρέπει να υπογραμμιστεί ένα άλλο χαρακτηριστικό της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η προπαρατεθείσα απόφαση: επ' ευκαιρία της συμβάσεως, η δημοτική αρχή είχε καταβάλει ένα σημαντικό χρηματικό ποσό και είχε ενεργοποιηθεί αμέσως, μαζί με τη δεύτερη αναθέτουσα αρχή, για την εκτέλεση των προβλεπόμενων έργων.

50. Η έννοια της δημόσιας συμβάσεως έργων, μολονότι πρέπει να ερμηνευθεί ευρέως προκειμένου να αποφεύγονται πιθανές καταχρήσεις, δεν μπορεί, όπως παρατηρήθηκε ανωτέρω, να διευρυνθεί απεριορίστως[29]. Μια τέτοια «λειτουργική» ανάγνωση δεν μπορεί να αγνοεί πλήρως τα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας. Πράγματι, μολονότι αληθεύει ότι ο κύριος σκοπός των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων είναι να ευνοηθεί ο ανταγωνισμός μεταξύ επιχειρήσεων και να ανοίξουν οι αγορές, αληθεύει επίσης, ότι, εκτός του πεδίου εφαρμογής των οδηγιών,

27 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6.

28 — Όπ.π. (σκέψη 47).

29 — Βλ. ανωτέρω, σημεία 35 επ.

ο σκοπός αυτός θα πρέπει να επιτευχθεί με τη χρησιμοποίηση πρόσφορων και ποικίλων νομοθετικών εργαλείων, χωρίς να διευρυνθεί άμετρα το πεδίο εφαρμογής των διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων.

51. Είναι συνεπώς απαραίτητο να προσδιοριστούν με ακρίβεια τα όρια του εν λόγω πεδίου εφαρμογής, τα οποία πρέπει να είναι απαράβατα για την εφαρμογή των κανόνων της οδηγίας.

52. Φρονώ ότι, αν οι σχετικές διατάξεις εκτιμηθούν στο σύνολό τους, λαμβανομένου υπόψη και του τρόπου με τον οποίο τις έχει ερμηνεύσει μέχρι σήμερα το Δικαστήριο, μπορεί να συναχθεί η ουσιαστική αρχή ότι, για να μπορεί μια συγκεκριμένη δραστηριότητα να υπαχθεί στο πεδίο εφαρμογής της νομοθεσίας περί δημόσιων συμβάσεων έργων, είναι απαραίτητο να υπάρχει στέρεος *άμεσος δεσμός* μεταξύ της διοικήσεως και των εργασιών ή των έργων που πρόκειται να εκτελεστούν. Ο δεσμός αυτός απορρέει κανονικά από το γεγονός ότι οι εργασίες ή τα έργα υλοποιούνται κατόπιν πρωτοβουλίας της διοικήσεως.

53. Συνεπώς δεν αρκεί, όπως φρονεί το αιτούν δικαστήριο, μια χρησιμότητα απλώς άυλου και έμμεσου τύπου, ούτε το απλό γεγονός ότι η δραστηριότητα που πρέπει να αξιολογηθεί ανταποκρίνεται, γενικά, στο δημόσιο συμφέρον. Πράγματι, επισημαίνεται ότι, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η δραστηριότητα προϋποθέτει άδεια της διοικήσεως (όπως συμβαίνει συνήθως με όλες τις οικοδομικές δραστηριότητες), για να επιτραπεί η δραστηριότητα, θα πρέπει προφανώς να είναι σύμφωνη με το δημόσιο συμφέρον, το οποίο αποτελεί την παράμετρο αναφοράς της εγκρίσεως που παρέχουν οι δημόσιες αρχές. Η γενική ύπαρξη δημόσιου συμφέροντος, το οποίο δικαιολογεί την έγκριση της δραστηριότητας, δεν μπορεί να αποτελέσει το καθοριστικό κριτήριο για τον προσδιορισμό των περιπτώσεων που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, γιατί διαφορετικά η επέκταση του πεδίου εφαρμογής της θα καταστεί ανεξέλεγκτη. Δεν πρέπει να λησμονείται, ιδίως, ότι μια οικοδομική άδεια, με άλλα λόγια η τυπική έκφραση των εξουσιών της διοικήσεως στο *αντικειμενικά* πολεοδομικό επίπεδο, κατά κανόνα απλώς αίρει ένα εμπόδιο για την ανάληψη πρωτοβουλίας από ιδιώτη, και όχι από τη διοίκηση.

54. Φρονώ ότι, αν απαιτηθεί η ύπαρξη άμεσου δεσμού μεταξύ της διοικήσεως και των εκτελούμενων έργων ή εργασιών, θα μπορέσουν να συμφιλιωθούν οι δυνητικά αντιτιθέμενες ανάγκες, αφενός, να αποτραπούν οι καταχρήσεις και, αφετέρου, να αποφευχθεί η ανεξέλεγκτη επέκταση του πεδίου

εφαρμογής της οδηγίας. Ειδικότερα, η διατύπωση αυτή σέβεται πλήρως όσα υπογράμμισε το Δικαστήριο με την προπαρατεθείσα απόφαση Auroux κ.λπ., σύμφωνα με την οποία η κτήση της κυριότητας του έργου από τη διοίκηση δεν είναι απαραίτητη προϋπόθεση για την εφαρμογή της οδηγίας περί δημοσίων συμβάσεων. Εντούτοις, η απόφαση αυτή δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί προκειμένου να αιτιολογηθεί μια προσέγγιση που δεν προϋποθέτει την ύπαρξη στέρεου δεσμού μεταξύ των δημοσίων αρχών και των έργων που πρόκειται να ανεγερθούν: ακριβώς αυτό το κριτήριο του άμεσου δεσμού μπορεί να αποτελέσει, κατά τη γνώμη μου, πρόσφορη διατύπωση αυτής της απαραίτητης συνδέσεως.

55. Αυτός ο άμεσος δεσμός μπορεί προφανώς να γίνει νοητός, ιδίως, στις περιπτώσεις κατά τις οποίες η διοίκηση αποκτά αμέσως την κυριότητα του κατασκευαζόμενου πράγματος. Αυτή, όπως είναι προφανές, είναι η τυπικότερη περίπτωση και σε αυτό το μοντέλο αναφοράς υπάγεται η πλειοψηφία των περιπτώσεων στις οποίες πρέπει να εφαρμόζεται η οδηγία. Εκτός από αυτή την τυπική περίπτωση, μπορούν να εμφανιστούν καταστάσεις στις οποίες η διοίκηση, μολονότι δεν αποκτά την κυριότητα των κατασκευαζομένων πραγμάτων, αποκτά εντούτοις *άμεσο οικονομικό όφελος*. Μπορεί να πρόκειται, για παράδειγμα, για περιπτώσεις στις οποίες οι δημόσιες αρχές αποκτούν επί των κατασκευαζομένων πραγμάτων δικαίωμα το οποίο, μολονότι δεν είναι δικαίωμα κυριότητας, επιτρέπει εντούτοις, ως έναν τουλάχιστον βαθμό, την κάρπωση του πράγματος.

56. Μια δεύτερη περίπτωση άμεσου δεσμού μεταξύ της διοικήσεως και των εκτελούμενων έργων ή εργασιών παρουσιάζεται, κατά τη γνώμη μου, όταν η διοίκηση χρησιμοποιεί δημόσιους πόρους για την εκτέλεση των εργασιών ή/και των έργων. Πρόκειται ασφαλώς, ως επί το πλείστον, για περιπτώσεις που υπάγονται και στην πρώτη υπόθεση που εκτέθηκε στο προηγούμενο σημείο, εφόσον στο περισσότερο κλασικό μοντέλο της χρησιμοποιήσεως δημόσιων πόρων για την εκτέλεση εργασιών και έργων, δηλαδή στο μοντέλο της δημόσιας συμβάσεως, οι δημόσιες αρχές καταβάλλουν αντάλλαγμα για την απόκτηση της κυριότητας των πραγμάτων που θα κατασκευαστούν. Εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε, και στο υπόδειγμα της συμβάσεως παραχωρήσεως μπορούν να χρησιμοποιηθούν δημόσιοι πόροι, οι οποίοι όμως δεν πρέπει να καλύπτουν το σύνολο της αξίας των κατασκευαζόμενων εργασιών ή έργων.

57. Η δεύτερη αυτή υπόθεση καλύπτει και περιπτώσεις στις οποίες, η διοίκηση δεν αποκτά την κυριότητα των κατασκευαζόμενων πραγμάτων ως αντάλλαγμα για την εκταμίευση χρημάτων ή άλλων δημόσιων πόρων. Όπως διευκρίνισε το Δικαστήριο με την απόφαση Auroux κ.λπ., η κτήση της κυριότητας δεν αποτελεί απαραίτητο στοιχείο. Εξάλλου, το να πραγματοποιείται η επιλογή των προσώπων που θα λάβουν τους δημόσιους πόρους τους οποίους προτίθενται να χρησιμοποιήσουν οι δημόσιες αρχές σύμφωνα με τις εγγυήσεις που προσφέρει η οδηγία φαίνεται να αιτιολογείται πλήρως από λόγους

επιείκειας και σεβασμού των ουσιαστικών αρχών της οδηγίας.

58. Είναι αυτονόητο ότι στην υπόθεση αυτή υπάγονται και οι περιπτώσεις στις οποίες οι δημόσιοι πόροι που χρησιμοποιούνται δεν είναι χρηματικοί: αναφέρομαι, για παράδειγμα, στην περίπτωση κατά την οποία, για την εκτέλεση των έργων ή των εργασιών, τίθενται στη διάθεση του εργολήπτη ή του παραχωρησιούχου δημόσια ακίνητα άνευ ανταλλάγματος ή σε τιμή χαμηλότερη από την τιμή της αγοράς.

59. Μια τρίτη υπόθεση άμεσου δεσμού μεταξύ της διοικήσεως και των εκτελούμενων εργασιών ή έργων είναι υπολειμματικής φύσεως και αφορά περιπτώσεις στις οποίες αυτά τα έργα ή/και εργασίες, ανεξαρτήτως του αν υπάγονται στην πρώτη ή στη δεύτερη υπόθεση, είναι το αποτέλεσμα πρωτοβουλίας της ίδιας της διοικήσεως. Ειδικότερα, αυτό συμβαίνει όταν οι δημόσιες αρχές κινούν με δική τους πρωτοβουλία μια διαδικασία που οδηγεί στην υλοποίηση των έργων ή των εργασιών. Αυτού του τύπου είναι και η περίπτωση την οποία εξέτασε το Δικαστήριο με την προπαρατεθείσα απόφαση Auroux κ.λπ.[30].

60. Η τρίτη και τελευταία υπόθεση απαιτεί, εντούτοις, μια σημαντική διευκρίνιση. Η δραστηριότητα την οποία αναλαμβάνει σε αυτό το πλαίσιο η διοίκηση πρέπει να υπερβαίνει την απλή χρησιμοποίηση των εξουσιών που αναγνωρίζονται στη διοίκηση, γενικά, στον πολεοδομικό τομέα. Πράγματι, μόνο με αυτόν τον τρόπο είναι δυνατόν να χαραχθεί σαφής διαχωριστική γραμμή μεταξύ δραστηριότητας που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας και της «κανονικής» δραστηριότητας στον πολεοδομικό τομέα, η οποία πρέπει να εξαιρεθεί από την εφαρμογή αυτή. In concreto, η εκτίμηση σχετικά με τον τύπο της δραστηριότητας που ασκεί η διοίκηση σε κάθε μεμονωμένη περίπτωση εναπόκειται στο εθνικό δικαστήριο και πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση.

61. Σε αυτό το πλαίσιο, δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο η πολεοδομική διευθέτηση μιας περιοχής να αποτελέσει αντικείμενο συμβάσεως που να εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Αυτό, εντούτοις, ισχύει υπό την προϋπόθεση να υπάρχει μεταξύ της διοικήσεως και των υλοποιούμενων εργασιών ή έργων άμεσος δεσμός κατά τα εκτεθέντα στις προηγούμενες παραγράφους. Η απλή επιδίωξη του δημόσιου συμφέροντος διά της χρησιμοποιήσεως των συνήθων εξουσιών της διοικήσεως στον πολεοδομικό τομέα δεν αρκεί για την εφαρμογή των κοινοτικών κανόνων στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχωρήσεως.

62. Εν προκειμένω, απόκειται ασφαλώς στο αιτούν δικαστήριο να εκτιμήσει αν υφίσταται ή όχι ο τέτοιος άμεσος δεσμός. Επισημαίνω, εντούτοις, ότι βάσει των στοιχείων που παρέσχε στο Δικαστήριο το εθνικό δικαστήριο, δύσκολα θα μπορούσε να θεωρηθεί ότι υπάρχει άμεσος δεσμός. Πράγματι,

30 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 6 (σκέψη 42).

αφενός, όπως προφανώς δέχονται όλοι οι διάδικοι, η διοίκηση δεν θα αποκτήσει εν προκειμένω κάποιο πράγμα ή κάποιο άμεσο οικονομικό όφελος. Επίσης, δεν φαίνεται να συντρέχει κάποια από τις υπόλοιπες πιθανές περιπτώσεις στις οποίες μπορεί να θεωρηθεί ότι υπάρχει άμεσος δεσμός, αφής στιγμής ο Δήμος Wildeshausen δεν έχει αναλάβει συγκεκριμένη πρωτοβουλία για την εκτέλεση των έργων, αλλά απλώς αξιολόγησε τα διάφορα σχέδια που του υποβλήθηκαν, ούτε έχει υποβληθεί σε κάποια δαπάνη για την κατασκευή. Κατά την ίδια έννοια, αυτά τα στοιχεία συνδέσεως δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι ισχύουν και για τον Bundesanstalt.

Γ — *Το πέμπτο και το έκτο ερώτημα*

1. Επιχειρήματα των διαδίκων

63. Το πέμπτο και το έκτο προδικαστικό ερώτημα αφορούν την τρίτη «εκδοχή» της έννοιας των δημοσίων συμβάσεων έργων[31], και θέτουν εκ νέου, κατά μία έννοια, σε σχέση με την υπόθεση αυτή, τα προβλήματα που τέθηκαν στο πλαίσιο των πρώτων δύο ερωτημάτων, και ιδίως του δεύτερου.

64. Ειδικότερα, με το πέμπτο ερώτημα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να πληροφορηθεί αν οι «επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες» που αναφέρονται στην εν λόγω εκδοχή μπορούν να έγκεινται στο απλό γεγονός ότι η διοίκηση έχει την εξουσία να εξασφαλίσει ότι τα έργα που πρόκειται να υλοποιηθούν ανταποκρίνονται στο δημόσιο συμφέρον.

65. Με το έκτο ερώτημα, αντιθέτως, ζητείται από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν οι εν λόγω «επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες» μπορούν να έγκεινται ουσιαστικά στην αρμοδιότητα που αναγνωρίζεται στη διοίκηση να εξετάζει και να εγκρίνει οικοδομικά σχέδια.

66. Όλοι οι διάδικοι που κατέθεσαν παρατηρήσεις, με την προφανή εξαίρεση της Helmut Müller, συμφωνούν κατ' αρχήν ότι, σε κατάσταση όπως αυτή που αποτελεί το αντικείμενο της κύριας δίκης, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις ώστε να στοιχειοθετείται δημόσια σύμβαση έργων κατά την έννοια της τρίτης εκδοχής.

67. Ειδικότερα, η Επιτροπή, η Ολλανδική και η Γαλλική Κυβέρνηση επιμένουν ότι είναι αναγκαίο να γίνει διάκριση μεταξύ ενός «ενεργητικού» ρόλου της διοικήσεως, στο πλαίσιο του οποίου η διοίκηση αναλαμβάνει

31 — Βλ. ανωτέρω, σημείο 20.

την πρωτοβουλία για την εκτέλεση των έργων, ή έστω ασκεί καθοριστική επιρροή, και ενός καθαρά «παθητικού» ρόλου στο πλαίσιο του οποίου οι δημόσιες αρχές απλώς ασκούν λειτουργία εγκρίσεως και ελέγχου σχεδίων που προέρχονται από ιδιώτες. Στη δεύτερη αυτή περίπτωση δεν πρόκειται για δημόσια σύμβαση, αλλά, στην καλύτερη περίπτωση, για την εκτέλεση από τη διοίκηση των συνήθων λειτουργιών της στον τομέα του σχεδιασμού, της εγκρίσεως, του ελέγχου κ.λπ.

68. Από την πλευρά της, η Γερμανική Κυβέρνηση στηρίζει τη θέση της στην άποψη ότι και για την τρίτη εκδοχή της έννοιας των δημοσίων συμβάσεων έργων είναι απαραίτητο να πληρούνται οι προϋποθέσεις τις οποίες κρίνει απαραίτητες ώστε να στοιχειοθετείται μια από τις δύο άλλες εκδοχές, και ιδίως η ύπαρξη άμεσης οικονομικής χρησιμότητας για τη διοίκηση.

2. Εκτίμηση

69. Η επιλογή του αιτούντος δικαστηρίου να διαχωρίσει, κατά τη διάρθρωση των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο, την τις δύο πρώτες εκδοχές της έννοιας της δημόσιας συμβάσεως έργων, τις οποίες αφορά ιδίως το δεύτερο ερώτημα, από την προβληματική που αφορά την τρίτη εκδοχή, η οποία βρίσκεται στο επίκεντρο του πέμπτου και του έκτου ερωτήματος, πηγάζει, νομίζω, από τη βούληση να θεμελιώσει στο γράμμα της τρίτης εκδοχής σημαντική διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας.

70. Είναι αναμφισβήτητο ότι, όπως υπογράμμισε η Επιτροπή με τις παρατηρήσεις της, η τρίτη εκδοχή της έννοιας της δημόσιας συμβάσεως έργων έχει προβλεφθεί ακριβώς για να αποκλειστεί η καταστρατήγηση της διατάξεως, επιτρέποντας να υπαχθούν σε αυτή διάφορες περιπτώσεις που θα ήταν αδύνατον να προσδιοριστούν εξαντλητικά εκ των προτέρων.

71. Εντούτοις, όπως προανέφερα, δεν είναι δυνατόν να χρησιμοποιηθεί το γράμμα του νομοθετικού κειμένου για να επεκταθεί ανεξέλεγκτα το πεδίο εφαρμογής του. Πιο συγκεκριμένα, αν οι «επακριβώς οριζόμενες από την αναθέτουσα αρχή ανάγκες» περιλάμβαναν όλες τις λειτουργίες πολεοδομικής εγκρίσεως και προγραμματισμού τις οποίες ασκούν οι δημόσιες αρχές, το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας θα επεκτεινόταν υπέρμετρα.

72. Στην πραγματικότητα, οι σκέψεις που προανέφερα σχετικά με τα δύο πρώτα προδικαστικά ερωτήματα ισχύουν και σε σχέση με την τρίτη εκδοχή. Δεν υπάρχει κανένας λόγος για να θεωρηθεί ότι, σε σχέση με την

τρίτη εκδοχή, δεν απαιτείται για την εφαρμογή της οδηγίας 2004/18 άμεσος δεσμός μεταξύ της διοικήσεως και των υλοποιούμενων έργων.

Δ — *Μερικά συμπεράσματα*

73. Ολοκληρώνοντας την ανάλυση του πρώτου, του δεύτερου, του πέμπτου και του έκτου προδικαστικού ερωτήματος προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ότι, για να στοιχειοθετείται δημόσια σύμβαση έργων ή σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18, είναι απαραίτητο να υφίσταται άμεσος δεσμός μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και των υλοποιούμενων έργων ή εργασιών. Αυτός ο άμεσος δεσμός μπορεί να έγκειται, ιδίως, στο γεγονός ότι το έργο προορίζεται να αποκτηθεί από τη διοίκηση ή της παρέχει άμεσο οικονομικό όφελος, ή στο ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αναλάβει την πρωτοβουλία της υλοποιήσεως ή βαρύνεται τουλάχιστον εν μέρει με τη σχετική δαπάνη.

Ε — *Το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα*

74. Με το τρίτο και το τέταρτο ερώτημα, το Oberlandesgericht Düsseldorf ερωτά κατ' ουσίαν αν το γεγονός ότι ο εργολήπτης υποχρεούται να εκτελέσει έργο ή εργασίες αποτελεί ουσιώδες στοιχείο της έννοιας της δημόσιας συμβάσεως έργων. Τα φαινομενικά ιδιόμορφα ερωτήματα δικαιολογούνται αν ληφθεί υπόψη ότι, στην υπόθεση επί της οποίας καλείται να αποφανθεί το εθνικό δικαστήριο, δεν αμφισβητείται ότι ο κύριος των ακινήτων δεν ανέλαβε με την απόκτησή τους καμία υποχρέωση εκτελέσεως οικοδομικών εργασιών.

75. Όλοι σχεδόν οι διάδικοι που υπέβαλαν παρατηρήσεις συμφωνούν γενικά ότι πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση στο ερώτημα, χωρίς να υπάρχουν ουσιαστικές διαφορές στις θέσεις τους. Μόνον η εταιρία Helmut Müller, προσφεύγουσα στην κύρια δίκη, υποστηρίζει, για προφανείς λόγους, ότι το Δικαστήριο πρέπει να δεχθεί την άποψη του αιτούντος δικαστηρίου ότι η υποχρέωση αυτή δεν είναι απαραίτητη.

76. Θεωρώ, εντούτοις, σαφές ότι στο ερώτημα πρέπει να δοθεί καταφατική απάντηση και ότι η υποχρέωση εκτελέσεως των εργασιών ή/και των έργων αποτελεί απαραίτητο στοιχείο του υποστατού μιας δημόσιας συμβάσεως έργων ή συμβάσεως παραχωρήσεως δημοσίων έργων.

77. Αυτό προκύπτει, πρώτον και κύριον, από τις διατάξεις της ίδιας της οδηγίας 2004/18,

κατά την οποία, όπως προαναφέρθηκε, η δημόσια σύμβαση έργων είναι σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας. Συνεπώς, η ίδια η έννοια θεμελιώνεται στην ιδέα της ανταλλαγής παροχών μεταξύ της αναθέτουσας αρχής, η οποία καταβάλλει αμοιβή (ή εναλλακτικά παραχωρεί δικαίωμα χρήσεως) και του εργολήπτη, ο οποίος καλείται να εκτελέσει εργασίες ή έργα. Είναι δηλαδή προφανής ο αμφοτεροβαρής χαρακτήρας της δημόσιας συμβάσεως. Θα ήταν εντελώς αντίθετο προς αυτόν τον αμφοτεροβαρή χαρακτήρα να γίνει δεκτό ότι, μετά την κατακύρωση της συμβάσεως, ο εργολήπτης μπορεί απλώς να αποφασίσει μονομερώς και χωρίς καμία συνέπεια, να μην εκπληρώσει την προβλεπόμενη παροχή. Στην αντίθετη περίπτωση, θα αναγνωριζόταν διακριτική ευχέρεια του εργολήπτη σε σχέση με τις απαιτήσεις και τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής.

78. Ένα άλλο, και εννοιολογικά διαφορετικό, ερώτημα που θέτει το αιτούν δικαστήριο αφορά το αν είναι αναγκαίο ή όχι, για να στοιχειοθετείται δημόσια σύμβαση έργων, η τυχόν υποχρέωση την οποία αναλαμβάνει ο εργολήπτης έναντι της διοικήσεως να είναι δικαστικώς επιδιώξιμη. Το εθνικό δικαστήριο ερωτά, ειδικότερα, αν πρέπει να υπάρχει πρόβλεψη ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί, σε περίπτωση μη εκτελέσεως, να υποχρεώσει δικαστικώς τον εργολήπτη να εκπληρώσει τις υποχρεώσεις του.

79. Αν το ερώτημα αυτό έχει την έννοια ότι το αιτούν δικαστήριο ζητεί από το Δικαστήριο να διευκρινίσει αν είναι αναγκαίο, στην περίπτωση δημοσίων συμβάσεων έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18, η εθνική έννομη τάξη να προβλέπει μηχανισμούς μέσω των οποίων ο εργολήπτης μπορεί να υποχρεωθεί να εκτελέσει το έργο ή τις εργασίες που προβλέπει η σύμβαση, νομίζω ότι η απάντηση πρέπει να είναι αρνητική, αφής στιγμής η οδηγία δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι προβλέπει κάτι τέτοιο.

80. Αυτό δεν σημαίνει, εντούτοις, ότι η ενδεχόμενη μη εκπλήρωση εκ μέρους του εργολήπτη δεν ασκεί καμία επιρροή. Πράγματι, δεν πρέπει να λησμονείται ότι, όπως επεσήμανα ανωτέρω, η δημόσια σύμβαση έργων είναι από κάθε άποψη σύμβαση, δηλαδή δικαιοπραξία η οποία, στις διάφορες εθνικές έννομες τάξεις, χαρακτηρίζεται πάντα από τη δεσμευτική φύση της. Όπως ορθώς επισημαίνει η Γερμανική Κυβέρνηση με τις παρατηρήσεις της, για να μπορεί να γίνει λόγος για δημόσια σύμβαση έργων, είναι απαραίτητο ο εργολήπτης να υποχρεώνεται συμβατικά να εκπληρώσει την προβλεπόμενη παροχή. Αντιθέτως, οι συνέπειες της ενδεχόμενης μη εκπληρώσεως διέπονται από το εθνικό δίκαιο: τίποτα δεν εμποδίζει, για παράδειγμα, σε περίπτωση μη εκπληρώσεως της παροχής από εργολήπτη, το εθνικό δίκαιο κάποιου κράτους να προβλέπει τη λύση της συμβάσεως, την ανάθεση σε άλλον εργολήπτη και το δικαίωμα της διοικήσεως να ζητήσει από τον πρώτο εργολήπτη απλώς την αποκατάσταση της ζημίας της.

81. Για τους λόγους αυτούς, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο τρίτο και

στο τέταρτο προδικαστικό ερώτημα ότι η δημόσια σύμβαση έργων και η σύμβαση παραχωρήσεως δημόσιων έργων, κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18, προϋποθέτουν συμβατική υποχρέωση του εργολήπτη έναντι της διοικήσεως να εκπληρώσει τη συμφωνηθείσα παροχή. Στο εθνικό δίκαιο εναπόκειται να προσδιορίσει τις συνέπειες ενδεχόμενης μη εκπληρώσεως της παροχής από τον εργολήπτη.

ΣΤ — *Το έβδομο ερώτημα*

82. Με το έβδομο ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν υφίσταται σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18 όταν ο «παραχωρησιούχος» έχει δικαίωμα κυριότητας το οποίο του παρέχει αφεαυτού το δικαίωμα να χρησιμοποιεί το πράγμα που αποτελεί το αντικείμενο της παραχωρήσεως[32]. Γενικότερα, το ερώτημα αφορά το αν νοείται, βάσει του κοινοτικού δικαίου, σύμβαση παραχωρήσεως αορίστου χρόνου.

32 — Για να είμαι ακριβής, με το ερώτημα αυτό το αιτούν δικαστήριο αναφέρεται στην κυριότητα *του ακινήτου* στο οποίο πρέπει να εκτελεστούν οι εργασίες ή το έργο. Όπως όμως επισημαίνει το ίδιο το αιτούν δικαστήριο με το σκεπτικό της διατάξεως περί παραπομπής, σύμφωνα με το γερμανικό δίκαιο, το δικαίωμα καρπώσεως κτιρίου είναι άμεση απόρροια του δικαιώματος κυριότητας επί του ακινήτου στο οποίο έχει ανεγερθεί το κτίριο. Κατά συνέπεια, το πραγματικό πρόβλημα το οποίο αφορά το ερώτημα είναι ακριβώς η σχέση μεταξύ παραχωρήσεως και δικαιώματος κυριότητας.

1. Οι θέσεις των διαδίκων

83. Τη σαφέστερη θέση στο πρόβλημα παίρνει η Γερμανική Κυβέρνηση, η οποία αποκλείει γενικά τη συμβατότητα του θεσμού της παραχωρήσεως με την ύπαρξη δικαιώματος κυριότητας διότι, εξ ορισμού, η παραχώρηση προϋποθέτει ότι τα δικαιώματα που μεταβιβάζονται στον παραχωρησιούχο ανήκουν στον παραχωρούντα.

84. Η Αυστριακή και η Ολλανδική Κυβέρνηση, από την πλευρά τους, μολονότι δεν αποκλείουν ολοσχερώς τη συμβατότητα της παραχωρήσεως με το δικαίωμα κυριότητας, θεωρούν ότι, εν προκειμένω, ο ρόλος της διοικήσεως ήταν υπερβολικά περιορισμένος για να μπορεί να στοιχειοθετήσει παραχώρηση. Πράγματι, για να συμβεί αυτό θα έπρεπε, σύμφωνα με τις εν λόγω κυβερνήσεις, οι δημόσιες αρχές να είχαν δώσει στον παραχωρησιούχο, τουλάχιστον, συγκεκριμένες οδηγίες σχετικά με τις υλοποιούμενες εργασίες ή/και έργα.

85. Η Επιτροπή είναι η μόνη που ακολουθεί μια πιο ανοικτή θέση. Στηριζόμενη στο γεγονός ότι το χαρακτηριστικό στοιχείο της συμβάσεως παραχωρήσεως έργων είναι το ότι ο παραχωρησιούχος αναλαμβάνει τον οικονομικό κίνδυνο που συνδέεται με την εκτέλεση των εργασιών ή των έργων, η Επιτροπή φρονεί ότι, εν προκειμένω, αυτός ο οικονομικός κίνδυνος έγκειται στην αβεβαιότητα που γεννά για τον «παραχωρησιούχο» η έγκριση από τη διοίκηση των οικοδομικών του σχεδίων, για την εκτέλεση των οποίων

είναι απαραίτητο να προβεί προηγουμένως στη δαπανηρή απόκτηση του ακινήτου.

88. Βάσει της ετυμολογίας του όρου, νοείται ως παραχώρηση η δυνατότητα που αναγνωρίζεται σε ένα πρόσωπο να καρπούται ένα πράγμα επί του οποίου δεν θα μπορούσε σε διαφορετική περίπτωση να προβάλει κανένα δικαίωμα.

2. Εκτίμηση

86. Το έβδομο ερώτημα είναι από μία άποψη το περισσότερο προβληματικό, τουλάχιστον επί της αρχής. Το πρόβλημα της συμβατότητας μεταξύ της παραχωρήσεως δημοσίων έργων και του δικαιώματος κυριότητας έχει σημαντικές συνέπειες τόσο από θεωρητική όσο και από πρακτική άποψη.

89. Η οδηγία 2004/18 αναφέρεται απλώς, για τον ορισμό της έννοιας της συμβάσεως παραχωρήσεως δημοσίων έργων, σε «δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου» το οποίο αναγνωρίζεται ως αμοιβή αυτού που το κατασκευάζει.

87. Η επιλογή της διοικήσεως να προσφύγει σε σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων μπορεί να οφείλεται σε διάφορους λόγους. Σε ορισμένες περιπτώσεις, η διοίκηση μπορεί να επιθυμεί να εκμεταλλευθεί τη συγκεκριμένη πείρα την οποία διαθέτει ο ιδιωτικός τομέας, ή ακόμα και να εκτελέσει οικοδομικές εργασίες με μεγαλύτερη αποτελεσματικότητα. Πράγματι, δεν υπάρχει αμφιβολία ότι, στις περισσότερες περιπτώσεις, η επιλογή της παραχωρήσεως ανταποκρίνεται σε απαιτήσεις χρηματοδοτικού τύπου. Η προσφυγή σε αυτόν τον θεσμό επιτρέπει την κατασκευή έργων δημόσιου συμφέροντος χωρίς οικονομική επιβάρυνση του κοινωνικού συνόλου[33].

90. Στον βαθμό που αυτό το «δικαίωμα εκμετάλλευσης του έργου» μπορεί να ερμηνευθεί ευρέως, πράγμα που νομίζω ότι πρέπει να αποφευχθεί ενόψει του πνεύματος και της γενικής οικονομίας της σχετικής διατάξεως, είναι η δυνατότητα να γίνει νοητή σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων στο πλαίσιο της οποίας αναγνωρίζεται στον παραχωρησιούχο δικαίωμα κυριότητας επί του κατασκευαζόμενου έργου.

33 — Βλ., σε σχέση με αυτή τη ratio legis, ερμηνευτική ανακοίνωση της Επιτροπής σχετικά με τις συμβάσεις παραχωρήσεως στο κοινοτικό δίκαιο (ΕΕ 2000, C 121, σ. 2, σκέψη 1.2), καθώς και πιο πρόσφατη ανακοίνωση της Επιτροπής προς το Συμβούλιο, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο, την Ευρωπαϊκή Οικονομική και Κοινωνική Επιτροπή και την Επιτροπή των Περιφερειών σχετικά με τις συμπράξεις δημόσιου και ιδιωτικού τομέα και το κοινοτικό δίκαιο των δημόσιων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης, της 15ης Νοεμβρίου 2005 [COM(2005) 569 τελικό, σκέψη 1].

91. Πράγματι, πρώτον, όπως επισημαίνει ιδίως η Γερμανική Κυβέρνηση, το γεγονός ότι η οδηγία αναφέρεται σε δικαίωμα εκμεταλλεύσεως που αναγνωρίζεται στον παραχωρησιούχο φαίνεται να υποδηλώνει, λογικά, ότι ο

παραχωρησιούχος δεν μπορεί να διαθέτει επί του πράγματος ευρύτερο δικαίωμα, όπως το δικαίωμα κυριότητας.

92. Η κατάσταση αυτή, εξάλλου, εκτός του ότι δύσκολα συμβαδίζει με το γράμμα της διατάξεως, αποστερεί τις δημόσιες αρχές από αυτό που νομίζω ότι συνιστά ένα από τα ουσιώδη χαρακτηριστικά της συμβάσεως παραχωρήσεως δημοσίων έργων: τη δυνατότητα της διοικήσεως να αποκτήσει κάποτε την κατοχή των εκτελούμενων έργων, ενδεχομένως έστω και μόνο για να παραχωρήσει σε άλλο πρόσωπο το δικαίωμα εκμεταλλεύσεώς τους.

93. Με άλλα λόγια, το πρόβλημα δεν τίθεται λόγω των αντικειμενικών χαρακτηριστικών του δικαιώματος κυριότητας που αφορούν τη δυνατότητα καρπώσεως του πράγματος, αλλά μάλλον λόγω της θεωρητικά απεριόριστης χρονικής διάρκειας του δικαιώματος αυτού. Συνεπώς, η εκμετάλλευση του πράγματος από τον παραχωρησιούχο δεν θα μπορεί ποτέ να είναι αορίστου χρόνου, ανεξαρτήτως της έννομης σχέσεως βάσει της οποίας ασκείται.

94. Επίσης, δεν θα πρέπει να λησμονείται ότι, στο τυπικό μοντέλο συμβάσεως παραχωρήσεως βάσει του κοινοτικού δικαίου, το κρίσιμο διακριτικό στοιχείο, το οποίο χρησιμεύει, ιδίως, προκειμένου να γίνει διάκριση μεταξύ συμβάσεως παραχωρήσεως και δημόσιας συμβάσεως, είναι ότι στη σύμβαση παραχωρήσεως υπάρχει ένας οικονομικός κίνδυνος τον οποίο φέρει ο παραχωρησιούχος και ο οποίος, αντιθέτως, απουσιάζει από τις δημόσιες συμβάσεις[34]. Στην κρινόμενη υπόθεση, προκειμένου να αναγνωριστεί η ύπαρξη κινδύνου αυτού του τύπου, η Επιτροπή χρειάζεται να τον αναγάγει στο γεγονός ότι οι δημόσιες αρχές, κατά την άσκηση των πολεοδομικών αρμοδιοτήτων τους, θα μπορούσαν, μετά την απόκτηση του ακινήτου από τον ενδιαφερόμενο, να αρνηθούν την έκδοση των οικοδομικών αδειών για τα σχεδιαζόμενα έργα. Αυτός ο αστάθμητος παράγοντας όμως δεν φαίνεται να έγκειται σε κίνδυνο που συνδέεται με την οικονομική εκμετάλλευση του έργου, αλλά μάλλον στη φυσιολογική αβεβαιότητα την οποία αντιμετωπίζει κάθε ιδιώτης που χρειάζεται μια πράξη εξαρτώμενη από τη διακριτική ευχέρεια της διοικήσεως.

95. Εξάλλου, ο οικονομικός κίνδυνος που χαρακτηρίζει τη σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων την οποία προβλέπει η οδηγία αποτελεί στην πραγματικότητα άμεση συνέπεια, μεταξύ άλλων, του χρονικά περιορισμένου χαρακτήρα της ίδιας της παραχωρήσεως. Αντιθέτως, ένα δικαίωμα απεριόριστης διάρκειας επί των κατασκευαζόμενων πραγμάτων επιτρέπει κατ' αρχήν να αποκλειστεί γενικά η ύπαρξη οικονομικού κινδύνου, διότι με το πέρασμα του χρόνου

34 — Βλ. αποφάσεις της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen (Συλλογή 2005, σ. I-8585, σκέψη 40), και της 13ης Νοεμβρίου 2008, C-437/07, Επιτροπή κατά Ιταλίας (σκέψεις 29 έως 31). Ο κίνδυνος αυτός δεν χρειάζεται οπωσδήποτε να είναι υψηλός, αφής στιγμής υπάρχουν δραστηριότητες στις οποίες είναι εγγενώς περιορισμένος: πρέπει όμως να ανταποκρίνεται στο σύνολο, ή τουλάχιστον σε σημαντικό μέρος, του κινδύνου που θα αντιμετώπιζε η διοίκηση αν αναλάμβανε απευθείας αυτή τη δραστηριότητα (απόφαση της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-206/08, Eurawasser, Συλλογή 2009, σ. I-8377, σκέψεις 69 έως 77).

είναι πάντα δυνατόν να αντιμετωπιστούν ενδεχόμενες δυσκολίες κατά την εκμετάλλευση των πραγμάτων.

96. Υπάρχει, τέλος, ένα ακόμα στοιχείο που συνηγορεί υπέρ της γενικά περιορισμένης χρονικής διάρκειας των συμβάσεων παραχωρήσεως στο πλαίσιο του κοινοτικού δικαίου. Όπως έχει επισημανθεί επανειλημμένα με τις παρούσες, ο ουσιαστικός σκοπός των κοινοτικών ρυθμίσεων περί δημοσίων συμβάσεων είναι, γενικά, να ευνοήσουν όσο το δυνατόν περισσότερο τον ανταγωνισμό, καταργώντας όλους τους περιορισμούς των θεμελιωδών ελευθεριών. Υπ' αυτό το πρίσμα, αν αναγνωριστεί η δυνατότητα χρονικά απεριόριστων παραχωρήσεων, αυτό θα σήμαινε ότι αποκλείεται η δυνατότητα να ανατεθεί ενδεχομένως στο μέλλον η εκμετάλλευση των έργων σε άλλα πρόσωπα με αποτελεσματικότερο τρόπο και κριτήρια, πράγμα που αποβαίνει εις βάρος του ανταγωνισμού και της αποτελεσματικότητας.

97. Οι συνέπειες των προεκτεθέντων είναι δύο. Αφενός, γενικά δεν μπορούν να συνάπτονται συμβάσεις παραχωρήσεως αόριστου χρόνου[35]. Αφετέρου, δεν μπορεί να συναφθεί σύμβαση παραχωρήσεως πράγματος με πρόσωπο που είναι ήδη κύριος του πράγματος, εκτός αν, βάσει του εθνικού δικαίου, η διοίκηση αποκτά μετά από ένα συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, δικαίωμα κυριότητας ή ανάλογο δικαίωμα επί του πράγματος.

98. Εν κατακλείδι, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στο έβδομο προδικαστικό ερώτημα ότι μια σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18 δεν μπορεί να προβλέπει την αναγνώριση υπέρ του παραχωρησιούχου δικαιώματος, άνευ χρονικού περιορισμού, επί του πράγματος που αποτελεί το αντικείμενο της παραχωρήσεως.

Ζ — *Το όγδοο και το ένατο ερώτημα*

99. Το όγδοο και το ένατο ερώτημα μπορούν επίσης, λόγω του αντικειμένου τους, να εξεταστούν από κοινού. Με το όγδοο ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ζητεί να πληροφορηθεί αν η ρύθμιση την οποία εισάγει η οδηγία 2004/18 είναι εφαρμοστέα από τη στιγμή κατά την οποία η διοίκηση, μολονότι δεν έχει ακόμα αποφασίσει οριστικά να προβεί στην κατακύρωση δημόσιας συμβάσεως, εκχωρεί ακίνητο με την πρόθεση να κατακυρώσει στη συνέχεια σύμβαση σχετικά με

35 — Φρονώ συνεπώς ότι είναι ορθός και σύμφωνος με το κοινοτικό δίκαιο ο νέος γερμανικός νόμος που προαναφέρθηκε στην υποσημείωση 7, ο οποίος προβλέπει, μεταξύ άλλων, ορισμό της συμβάσεως παραχωρήσεως δημοσίων έργων, στον οποίον αναφέρεται ρητώς ο χρονικά περιορισμένος χαρακτήρας του δικαιώματος που αναγνωρίζεται υπέρ του παραχωρησιούχου.

αυτό. Αντιθέτως, το ένατο ερώτημα αφορά τη δυνατότητα να θεωρηθεί ως ενότητα, από νομική άποψη, η εκχώρηση του ακινήτου και η μεταγενέστερη κατακύρωση.

100. Τα δύο ερωτήματα αφορούν τη δυνατότητα να αντιμετωπιστούν ενδεχόμενες καταχρήσεις δικαίου αποβλέπουσες στην αποφυγή της εφαρμογής των κοινοτικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, μέσω της εφαρμογής των κανόνων αυτών ανεξαρτήτως της τυπικής χρονικής αλληλουχίας την οποία προβλέπει και η οδηγία.

101. Θα πρέπει να επισημανθεί ότι, ενόψει των απαντήσεων που προτείνω να δοθούν στα προηγούμενα προδικαστικά ερωτήματα, και ιδίως στο έβδομο από αυτά, είναι πιθανότατα άσκοπο να δοθεί στο αιτούν δικαστήριο απάντηση και για το όγδοο και το ένατο ερώτημα, δεδομένου ότι πρέπει να αποκλειστεί το ενδεχόμενο δημόσια σύμβαση ή σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά την έννοια του κοινοτικού δικαίου να είναι συμβατή με δικαίωμα κυριότητας του υποψήφιου εργολήπτη/παραχωρησιούχου επί των σχετικών πραγμάτων. Εντούτοις, για λόγους πληρότητας και για την περίπτωση κατά την οποία το Δικαστήριο δεν ακολουθήσει τη λύση που προτείνω σχετικά με τα προηγούμενα ερωτήματα, θα εκθέσω ορισμένες σύντομες σκέψεις για το θέμα.

102. Από όσους κατέθεσαν παρατηρήσεις στο πλαίσιο της παρούσας δίκης, μόνον η Επιτροπή δεν αποκλείει a priori την προσέγγιση που υποστηρίζει το αιτούν δικαστήριο. Πράγματι, μολονότι επισημαίνει ότι στα εθνικά δικαστήρια εναπόκειται να εκτιμούν κάθε μεμονωμένη περίπτωση, η Επιτροπή δέχεται ότι, κατ' αρχήν, σε περίπτωση όπως αυτή της κύριας δίκης η οδηγία 2004/18 μπορεί να εφαρμοστεί από τη στιγμή κατά την οποία η διοίκηση αποφασίζει να εκχωρήσει το ακίνητο. Αντιθέτως, όλοι οι υπόλοιποι διάδικοι φρονούν, έστω και με ορισμένες μικρές διαφορές, ότι η απλή πρόθεση της διοικήσεως ουδεμία επιρροή ασκεί.

103. Δεν υπάρχει αμφιβολία ότι, όπως επισημαίνει και το αιτούν δικαστήριο, η απάντηση που θα δοθεί στο όγδοο και στο ένατο ερώτημα δεν μπορεί να μην επηρεαστεί από όσα έχει διακηρύξει το Δικαστήριο με την απόφαση Mödling[36]. Με την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο έκρινε μια υπόθεση στο πλαίσιο της οποίας ένας δήμος της Αυστρίας είχε προβεί σε απευθείας ανάθεση της υπηρεσίας διαθέσεως των απορριμμάτων σε εταιρία ελεγχόμενη καθ' λοκληρία από τον δήμο και στη συνέχεια, μερικές ημέρες αργότερα, εκχώρησε σε ιδιώτη το 49 % της εταιρίας. Το Δικαστήριο έκρινε ότι, μπροστά σε μια καθαρά «τεχνητή κατασκευή»[37], το αποτέλεσμα της οποίας ήταν ουσιαστικά να υπονομεύσει την πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, η νομική εκτίμηση των πραγματικών

36 — Προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10.
37 — Όπ.π. (σκέψη 40).

περιστατικών μπορεί να πραγματοποιηθεί «λαμβανομένου υπόψη του συνόλου των σταδίων αυτών, καθώς επίσης του σκοπού τους και όχι αναλόγως της αυστηρά χρονικής σειράς τους» [38].

104. Θεωρώ προφανές ότι η επιχειρηματολογία την οποία ακολούθησε το Δικαστήριο με την απόφαση Mödling βασίζεται σε δύο πυλώνες. Ο πρώτος, ο οποίος αναφέρεται ρητώς, είναι η ανάγκη να μην υπονομευθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας [39]. Ο δεύτερος, ο οποίος υπονοείται, αλλά αποτελεί ουσιαστικά την άλλη πλευρά του ίδιου νομίσματος, είναι η βούληση να παταχθούν οι καταστρατηγήσεις του δικαίου.

105. Οι επισημάνσεις στις οποίες προέβη το Δικαστήριο με την απόφαση Mödling μπορούν ασφαλώς να γενικευθούν και συνεπώς επιτρέπουν να διαβεβαιωθεί ότι, προκειμένου να αποφευχθεί καταστρατήγηση του δικαίου και να διαφυλαχθεί η πρακτική αποτελεσματικότητα των κοινοτικών ρυθμίσεων περί δημοσίων συμβάσεων, δύο τυπικά διακεκριμένες, ακόμα και από χρονολογική άποψη, πράξεις, μπορούν να θεωρηθούν ταυτόχρονες, ή ακόμα και συνιστώσες μιας μόνο δικαιοπραξίας.

106. Η σχετική εκτίμηση απόκειται φυσικά στο εθνικό δικαστήριο, το οποίο είναι το μόνο που διαθέτει όλα τα πραγματικά και νομικά στοιχεία που είναι απαραίτητα προς τον σκοπό αυτόν. Εντούτοις, είναι απαραίτητο, για προφανείς σκοπούς που συνδέονται με την ανάγκη να εξασφαλιστεί η ασφάλεια δικαίου, να τεθούν ορισμένες αυστηρές προϋποθέσεις. Ειδικότερα, μεταξύ της εκχωρήσεως του ακινήτου και της κατακυρώσεως της δημόσιας συμβάσεως δεν πρέπει να μεσολαβεί υπερβολικά μεγάλο χρονικό διάστημα, ενώ πρέπει να υπάρχουν πειστικά στοιχεία που να αποδεικνύουν ότι η πρόθεση της διοικήσεως σχετικά με τη δημόσια σύμβαση υπήρχε κατά τον χρόνο εκχωρήσεως του ακινήτου. Επιφυλασσομένων περιπτώσεων μακροσκοπικής καταχρήσεως, στις οποίες η βούληση καταστρατηγήσεως των κανόνων είναι απολύτως προφανής εξαρχής, μόνον η εκτίμηση ex post μπορεί να λάβει πρόσφορα υπόψη όλα τα προεκτεθέντα στοιχεία.

107. Προτείνω συνεπώς να δοθεί στο όγδοο και στο ένατο ερώτημα, εφόσον αυτό είναι απαραίτητο, η απάντηση ότι, ενώπιον στοιχείων που υποδηλώνουν σαφώς βούληση καταστρατηγήσεως των κοινοτικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχωρήσεως, κατά τη νομική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών μπορεί να θεωρηθεί ότι οι δύο τυπικά διακεκριμένες, και από χρονολογική άποψη, πράξεις της εκχωρήσεως ακινήτου και της κατακυρώσεως δημόσιας συμβάσεως ή συμβάσεως παραχωρήσεως σχετικά με το ακίνητο μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελούν συνιστώσες μιας μόνο δικαιοπραξίας. Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εξακριβώσει, βάσει όλων των περιστάσεων της υποθέσεως, την πρόθεση τέτοιας καταστρατηγήσεως.

38 — Όπ.π. (σκέψη 41).
39 — Όπ.π. (σκέψη 42).

V — Πρόταση

108. Εν κατακλείδι, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα προδικαστικά ερωτήματα του Oberlandesgericht Düsseldorf:

«Για να στοιχειοθετείται δημόσια σύμβαση έργων ή σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18/ΕΚ, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, είναι απαραίτητο να υφίσταται άμεσος δεσμός μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και των υλοποιούμενων έργων ή εργασιών. Αυτός ο άμεσος δεσμός μπορεί να έγκειται, ιδίως, στο γεγονός ότι το έργο προορίζεται να αποκτηθεί από τη διοίκηση ή της παρέχει άμεσο οικονομικό όφελος, ή στο ότι η αναθέτουσα αρχή έχει αναλάβει την πρωτοβουλία της υλοποιήσεως ή βαρύνεται τουλάχιστον εν μέρει με τη σχετική δαπάνη.

Η δημόσια σύμβαση έργων και η σύμβαση παραχωρήσεως δημόσιων έργων, κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18, προϋποθέτουν συμβατική υποχρέωση του εργολήπτη έναντι της διοικήσεως να εκπληρώσει τη συμφωνηθείσα παροχή. Στο εθνικό δίκαιο εναπόκειται να προσδιορίσει τις συνέπειες ενδεχόμενης μη εκπληρώσεως της παροχής από τον εργολήπτη.

Σύμβαση παραχωρήσεως δημοσίων έργων κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18 δεν μπορεί να προβλέπει την αναγνώριση υπέρ του παραχωρησιούχου δικαιώματος αορίστου χρόνου επί του πράγματος που αποτελεί το αντικείμενο της παραχωρήσεως.

Ενώπιον στοιχείων που υποδηλώνουν σαφώς βούληση καταστρατηγήσεως των κοινοτικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων και συμβάσεων παραχωρήσεως, κατά τη νομική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών μπορεί να θεωρηθεί ότι οι δύο τυπικά διακεκριμένες, και από χρονολογική άποψη, πράξεις της εκχωρήσεως ακινήτου και της κατακυρώσεως δημόσιας συμβάσεως ή συμβάσεως παραχωρήσεως σχετικά με το ακίνητο μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελούν συνιστώσες μιας μόνο δικαιοπραξίας. Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εξακριβώσει, βάσει όλων των περιστάσεων της υποθέσεως, την πρόθεση τέτοιας καταστρατηγήσεως.»